最高法院刑事判決

110年度台上字第3447號

上　訴　人　李蕙均

選任辯護人　陳郁婷律師

上列上訴人因違反銀行法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國110年2月25日第二審判決（109 年度金上訴字第42號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署108年度偵字第5358、10517號，追加起訴案號：同署108年度偵字第12744號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377 條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人李蕙均有其事實欄一所載非法經營辦理國內外匯兌業務，及其事實欄二所載以詐術逃漏獨資商號「鼎新行」（負責人為上訴人）共14期營業稅、民國105及106年度營利事業所得稅，暨上訴人個人105及106年度綜合所得稅等犯行。因而撤銷第一審關於上訴人非法經營銀行業務部分之科刑判決，改判仍依銀行法第125條第1項前段規定，論處上訴人非法經營銀行業務罪刑。另維持第一審依想像競合犯規定，從一重論處上訴人逃漏稅捐罪刑之判決，而駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳述其認定事實所憑證據及認定之理由。

三、被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟

法第159條之2定有明文。是被告以外之人於司法警察（官）調查時所為之陳述，雖屬傳聞證據，倘檢察官以證人警詢之陳述為起訴被告犯罪之依據，而被告否認其證據能力，法院依法傳喚調查時，如先前之陳述與審判中不符，而具備「可信性」及「必要性」二要件，仍例外認有證據能力，得採為論罪證據。原判決已說明：共同被告蕭宇筌及證人楊嘉玲於警詢時所為關於如其附表二編號1、3所示漏報銷售額部分事實之陳述，與其2人於第一審之陳述不一致。而其2 人於108年2月11日警詢時之陳述，係警方於同年1月23日持搜索票前往上訴人住處搜索查獲後未久，經警通知到場進行詢問，當時其等均非以犯罪嫌疑人身分而接受詢問，且距離案發時較近，並未於陳述當時直接面對上訴人，心理壓力較小，亦無足夠之時間思考其等自身與上訴人間之情誼及利害關係，復經警方當場提出所調取相關銀行交易明細資料，充分給予核對、辨識、回復記憶之時間及機會後，而為陳述，顯無外力介入、干擾其陳述之情形；上訴人、蕭宇筌及楊嘉玲復未主張該等警詢時陳述係非出於自由意志或在何等壓力下所為。而蕭宇筌、楊嘉玲於第一審審理時，距離案發時間較遠，已有足夠時間考慮其自身與上訴人間之情誼利害關係，更易遭上訴人之不當影響而更改其2 人先前說詞，足認蕭宇筌及楊嘉玲於警詢時陳述時顯具有較可信之特別情況，且其2 人於警詢時陳述確為證明上訴人關於此部分犯罪事實所必要之證據方法，依刑事訴訟法第159條之2規定，均有證據能力等旨甚詳（見原判決第5至6頁），是原判決已斟酌卷內資料，詳加說明蕭宇筌及楊嘉玲警詢時陳述，如何具備「可信性」及「必要性」等要件，而認有證據能力，核其所為之論斷，於法尚無不合，亦無上訴意旨所指理由不備之情形。至蕭宇筌、楊嘉玲於偵查中陳述，與其等於審判中之陳述是否相符，尚不影響其2 人警詢時陳述具備「可信性」要件之判斷。上訴意旨置原判決之明白論斷於不顧，任憑己意，謂原判決未敘明蕭宇筌、楊嘉玲警詢時陳述有何可信性及必要性，且其

2人偵查中陳述並未與審判中陳述不符，可信性較高，其等警詢時陳述已不具備「可信性」要件云云，而據以指摘原判決不當，依上述說明，自非適法之第三審上訴理由。

四、第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之適法理由。又證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為上訴第三審法院之適法理由。本件原判決係綜合上訴人之供詞，佐以證人蕭宇筌、楊嘉玲於警詢及偵查中不利於上訴人之證詞，以及證人金昭靜、張政德、盧松民、許承宇、李明翰、徐姵婕、徐佳吟、江哲瑋、黃明慧、徐笠杰、林佑儒、汪羿丞、李建緯、曾志強等人之證言，復參酌卷附切結書、銀行帳戶交易明細表等證據資料，而據以認定上訴人有其事實欄二所載逃漏稅捐犯行，已詳敘採證認事之理由。並就上訴人所辯：蕭宇筌係與其合資向他人購買球鞋，蕭宇筌以自己及楊嘉玲之帳戶轉帳至其帳戶之款項，除係蕭宇筌償還卡費、借款及委託匯款外，其餘均為蕭宇筌、楊嘉玲與其合資向他人購買球鞋之款項，並非其出售球鞋予蕭宇筌或楊嘉玲之銷貨收入云云，何以不足以採信，已斟酌卷內蕭宇筌、楊嘉玲之證詞等證據資料，詳加指駁，及說明其取捨之理由。復就上訴人所提出其與蕭宇筌間之通訊軟體Messenger對話記錄，如何不足以資為有利於上訴人認定之依據，亦已闡述甚詳（見原判決第12至16頁）。其論斷說明俱有前揭證據資料可稽，且不違背證據法則及論理法則，自不得任意指摘為違法。而上訴人於原審未曾提出蕭宇筌、楊嘉玲偵查中錄影譯文，乃其於上訴本院後始行提出，顯係在第三審提出新證據，且僅擷取蕭宇筌、楊嘉玲偵查中陳述之片斷內容，作為對其有利之解釋，再爭執相關證據之證明力，猶就有無逃漏稅捐之單純事實再事爭辯，而據以指摘原判決採證違法，同非合法之第三審上訴理由。

五、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之

事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，縱未宣告緩刑，均不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決關於上訴人之量刑，就撤銷改判部分（即上訴人所犯非法經營銀行業務罪部分），已於理由內敘明如何以其責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項（包括上訴人坦承犯行之犯後態度，及其犯罪所得之多寡）而為量刑；並就駁回上訴部分（即上訴人所犯逃漏稅捐罪部分），亦敘明第一審判決如何以上訴人之責任為基礎，審酌刑法第57條所定科刑輕重之標準等一切情狀，認其量刑並無不當而予以維持，既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，且未宣告緩刑，亦無濫用自由裁量之權限。上訴意旨徒憑己見，指摘原判決對其所犯非法經營銀行業務罪部分未宣告緩刑為不當云云，亦非適法之第三審上訴理由。

六、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，本件上訴為違背法律上之程式，應予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　7　　月　　15　　日

刑事第三庭審判長法　官　徐　昌　錦

法　官　林　恆　吉

法　官　周　政　達

法　官　江　翠　萍

法　官　林　海　祥

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　7　　月　　19　　日